

OLAF SOSNITZA

Besitz und Besitzschutz

Jus Privatum

85

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 85



Olaf Sosnitza

Besitz und Besitzschutz

Sachherrschaft zwischen
faktischem Verhältnis,
schuldrechtlicher Befugnis und
dinglichem Recht

Mohr Siebeck

Olaf Sosnitza, geboren 1963; Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an der Universität Bayreuth; 1989 erstes jur. Staatsexamen; 1992 zweites jur. Staatsexamen; 1992–1994 wiss. Assistent an der Universität Bayreuth; 1994 Promotion; 1994–1997 Rechtsanwalt in Köln; 1997–2002 wiss. Assistent an der Universität Bayreuth; 2001 Habilitation; seit 2002 Inhaber des Lehrstuhls für Privatrecht, insbesondere Immaterialgüterrechte an der Bayerischen Julius-Maximilians Universität Würzburg.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157942-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-147870-3

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Bembo-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Ulrike

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2001 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript wurde im Mai 2001 abgeschlossen, doch konnten Rechtsprechung und Literatur noch weitgehend bis Juli 2003 in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zuvörderst meinem hochverehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Volker Emmerich. Ohne ihn wäre ich heute wohl noch Rechtsanwalt und genösse ich nicht die wissenschaftliche Freiheit, zu der er mich stets ermutigt hat. Für wertvolle Anregungen und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. Diethelm Klippel.

Engagierte Unterstützung bei den mühevollen Korrekturen für die Drucklegung habe ich von meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, den Herren Assessoren Armin Göhring, Stephan Jung und Gregor Lintl, erfahren. Frau Ilse Fritsch danke ich für die sichere Handhabung des Manuskripts.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft ist für die Gewährung einer Druckkostenhilfe, dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme in die Reihe Jus Privatum zu danken.

Würzburg, im August 2003

Olaf Sosnitza

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1

Teil 1

Grundlagen

1. Kapitel

Begriff des Besitzes

A. Der zivilrechtliche Besitzbegriff	4
B. Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff	18
C. Der öffentlich-rechtliche Zustandsstörer	26

2. Kapitel

Die Regelungsstruktur des kodifizierten Rechts des Besitzes im Bürgerlichen Recht

A. Der Besitz als Bestandteil anderer Rechtsinstitute	28
B. Der Besitz als autonomes Regelungsobjekt, §§ 854 ff. BGB	31

3. Kapitel

Zur Rechtsnatur des Besitzes

A. Die Notwendigkeit der Unterscheidung von Besitz und Besitzrecht	49
B. Der Besitz	50
C. Das Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB	79

D. Exkurs: Der Mieter als Eigentümer im Sinne des Art. 14 GG – Eine verfassungsrechtliche Aufwertung der zivilrechtlichen Besitzposition mit Ausstrahlungswirkung auf das Bürgerliche Gesetzbuch?	128
--	-----

Teil 2

Formen des Besitzschutzes im Bürgerlichen Gesetzbuch

1. Kapitel

Der possessorische Besitzschutz der §§ 858 ff. BGB

A. Allgemeines	152
B. Reichweite des possessorischen Besitzschutzes	155
C. § 1361 a BGB als <i>lex specialis</i> ?	170

2. Kapitel

Der petitorische Besitzschutz nach § 1007 BGB

A. Allgemeines	175
B. Entstehungsgeschichte	177
C. Normzweck	181
D. Anwendungsbereich	195
E. Inhaltliche Reichweite der Besitzberechtigung	199

3. Kapitel

Der Besitzschutz im Bereicherungsrecht

A. Überblick über die Entwicklung des Meinungsstandes	208
B. Der Besitz als Gegenstand der Leistungskondiktion	217
C. Der Besitz als Objekt der Eingriffskondiktion	226
D. Inhalt des Bereicherungsanspruchs	253
E. Konkurrierende Herausgabeansprüche	254

4. Kapitel

Der Besitzschutz im Deliktsrecht

A. Besitz als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB	258
B. Besitzschutz durch Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB	309
C. Andere Anspruchsgrundlagen	316

Teil 3

Der Besitzschutz außerhalb des BGB

1. Kapitel

Der Besitz als ein die Veräußerung hinderndes Recht
im Sinne des § 771 ZPO

A. Überblick über den Meinungsstand	318
B. Zweckgerichteter Lösungsansatz	333
C. Übertragung auf die verschiedenen Fallkonstellationen	337

2. Kapitel

Der Besitz als Aussonderungsrecht im Sinne des § 47 InsO

A. Das Recht zur Aussonderung nach § 47 InsO	352
B. Possessorische Ansprüche als Aussonderungsrechte?	354
C. Bereicherungsansprüche als Aussonderungsrechte	358
D. Exceptio rei venditae et traditae	359
Zusammenfassung	374
Literaturverzeichnis	385
Register	415

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1

Teil 1

Grundlagen

1. Kapitel

Begriff des Besitzes

A. <i>Der zivilrechtliche Besitzbegriff</i>	4
I. Zum Begriff des unmittelbaren Besitzes	6
II. Das Verhältnis der verschiedenen Besitzformen zueinander	11
B. <i>Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff</i>	18
I. Parallelen und Unterschiede zum zivilrechtlichen Besitz	18
II. Zur inneren Rechtfertigung eines spezifisch strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs	22
C. <i>Der öffentlich-rechtliche Zustandsstörer</i>	26

2. Kapitel

Die Regelungsstruktur des kodifizierten Rechts des Besitzes im Bürgerlichen Recht

A. <i>Der Besitz als Bestandteil anderer Rechtsinstitute</i>	28
B. <i>Der Besitz als autonomes Regelungsobjekt, §§ 854 ff. BGB</i>	31
I. Überblick	31
II. Zum Rechtsgrund der Besitzschutzrechte, §§ 858 ff. BGB	32

1. Die einzelnen Grundpositionen	33
a) Schutz des Eigentums	33
b) Schutz der Persönlichkeit	34
c) Schutz der Kontinuität	36
d) Schutz des allgemeinen Rechtsfriedens	37
e) Kombination von Friedens- und Kontinuitätstheorie	37
2. Würdigung	38
a) Eigentumsschutz	38
b) Persönlichkeitsschutz	38
c) Kontinuitätsschutz	39
d) Friedensschutz	40
aa) Die Präventionsfunktion des possessorischen Besitzschutzes ..	42
bb) Der Besitzer als Sachwalter der Rechtsordnung	45
e) Kombiniertes Friedens- und Kontinuitätsschutz	47

3. Kapitel

Zur Rechtsnatur des Besitzes

A. <i>Die Notwendigkeit der Unterscheidung von Besitz und Besitzrecht</i>	49
B. <i>Der Besitz</i>	50
I. Allgemeines	50
II. Induktive Betrachtung	52
1. Terminologische Argumente	52
a) Kohärente Terminologie der §§ 221, 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999 Abs. 1 BGB	52
b) Gegenüberstellung von Recht und Besitz in den §§ 268 Abs. 1, 1440 S. 1, 1462 S. 1, 1464 S. 2 BGB	55
2. Gesetzestechnische Argumente	55
a) Die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit des Besitzes, §§ 854 Abs. 2, 870 BGB	55
b) Die Vererblichkeit des Besitzes, § 857 BGB	56
c) Fehlende Eintragbarkeit bei Immobilien	57
d) Vergleich mit der Grundbucheintragung	58
e) Besitz als Grundlage anderweitigen Rechtserwerbs	59
3. Systematische Argumente	60
a) Das Verhältnis von § 865 BGB zu § 93 BGB	60
b) „Vergeistigung“ des Besitzes	60
c) Besitzerwerb durch nicht voll Geschäftsfähige	61
d) Stellung der §§ 854 ff. BGB	61
e) Besitzerwerb vom Nichtberechtigten	62

4. Teleologische Argumente	62
a) Der Besitzschutz gegenüber Dritten, §§ 858 ff. BGB	62
b) Zeitliche Begrenzung der Besitzansprüche	64
5. Würdigung	65
III. Deduktive Betrachtung: Ableitung des Besitzes aus dem subjektiven Recht	65
1. Zum Begriff des subjektiven Rechts	66
a) Willenstheorie	66
b) Interessentheorie	67
c) Kombinationstheorie	67
d) Formal-normative Theorien	67
aa) Subjektives Recht als Normsetzungsbefugnis	68
bb) Subjektives Recht als Klagebefugnis	69
cc) Subjektives Recht als Freiheitsermächtigung und Generalverbot	69
e) Offene Theorien	70
aa) Subjektives Recht als „Rahmenbegriff“	71
bb) Subjektives Recht als Privileg	71
2. Zur Einordnung des Besitzes als subjektives Recht	73
C. <i>Das Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB</i>	79
I. Überblick über die verschiedenen Arten der Besitzrechte	79
II. Dogmatische Einordnung	81
1. Die Konkurrenzlehre nach Siber	83
2. Die Einwendungslehren	85
a) <i>Scherk</i>	85
b) <i>Raape</i>	86
c) Das Recht zum Besitz als relatives Herrschaftsrecht	88
3. Das obligatorische Besitzrecht als Inhalt der schuld- rechtlichen Forderung	95
III. Zu Inhalt und Reichweite einzelner Besitzpositionen	103
1. Das dingliche Recht zum Besitz	103
2. Das obligatorische Recht zum Besitz, insbesondere des Vorbehaltskäufers	104
3. Zurückbehaltungsrechte	106
a) Das Zurückbehaltungsrecht im Allgemeinen	106
b) Annahmeverzug des Eigentümers	110
c) Das Befriedigungsrecht des Besitzers	111
d) Die Einrede des nichterfüllten Vertrages	113
4. Die Besitzberechtigung des Empfängers unbestellter Waren nach § 241 a BGB	115

a) Bisherige Rechtslage	115
aa) Wettbewerbsrechtliche Beurteilung	115
bb) Bürgerlich-rechtliche Beurteilung	116
b) Die neue Regelung des § 241 a BGB	117
c) Ausschluss des Herausgabeanspruchs	119
aa) Objektive und subjektive Auslegung	119
bb) Teleologische Reduktion?	120
(1) Methodik	121
(2) Trennung von Eigentum und Besitz	122
(3) Sanktionscharakter	123
(4) Zwischenergebnis	125
d) Konsequenzen	125
aa) Eigentumslage	125
bb) Befugnisse des Empfängers	125
(1) Nutzungsrecht	125
(2) Weiterveräußerung an Dritte	126
cc) Gesetzliches Besitzrecht	127
<i>D. Exkurs: Der Mieter als Eigentümer im Sinne des Art. 14 GG – Eine verfassungsrechtliche Aufwertung der zivilrechtlichen Besitzposition mit Ausstrahlungswirkung auf das Bürgerliche Gesetzbuch?</i>	128
I. Die Argumentation des BVerfG	129
1. Der Grundsatzbeschluss BVerfGE 89, 1 (Kündigung wegen Eigenbedarfs)	129
2. BVerfG, NJW 1994, 41 (Kündigung wegen Überbelegung) .	132
3. BVerfG, NJW 2000, 2658 (Duldung eines Treppen- hauslifteinbaus)	134
II. Analyse und Stellungnahme	135
1. Das Umfeld der verfassungsrechtlichen Neuorientierung ...	135
2. Zur Argumentationsstruktur im einzelnen	137
3. Das Besitzrecht als schuldrechtliche Forderung	140
4. Konsequenzen und Gefahren des verfassungsrechtlich verankerten Besitzrechts	141
a) Folgen für das Individualverhältnis	142
aa) Verschiebung von Rechtspositionen	143
bb) Beeinträchtigung der Rechtssicherheit	147
b) Folgen für die Mietgesetzgebung	148
III. Ergebnis	148

Teil 2

Formen des Besitzschutzes
im Bürgerlichen Gesetzbuch

1. Kapitel

Der possessorische Besitzschutz der §§ 858 ff. BGB

A. <i>Allgemeines</i>	152
B. <i>Reichweite des possessorischen Besitzschutzes</i>	155
I. Ausschluss petitorischer Einwendungen nach § 863 BGB	155
II. Das Erlöschen der Besitzschutzansprüche gemäß § 864 Abs. 2 BGB	163
III. Zum Umfang des Besitzschutzes beim mittelbaren Besitz, § 869 BGB	168
C. <i>§ 1361 a BGB als lex specialis?</i>	170

2. Kapitel

Der petitorische Besitzschutz nach § 1007 BGB

A. <i>Allgemeines</i>	175
B. <i>Entstehungsgeschichte</i>	177
I. Der Vorentwurf <i>Johows</i>	177
II. Der Entwurf der Ersten Kommission	178
1. Die deutsch-rechtliche Klage aus verlorener Gewere	179
2. Die römisch-rechtliche <i>actio Publiciana</i>	180
III. Der Entwurf der Zweiten Kommission	181
C. <i>Normzweck</i>	181
I. Schutz des vermuteten Rechts	182
II. Schutz des Besitzes als Recht	183
III. Schutz eines besseren Rechts zum Besitz	184
1. Überblick über die verschiedenen Ansätze	184
a) Das „relativ-absolute Recht“ nach <i>Henle</i>	184
b) Das „relativ-dingliche Recht“ nach <i>Hörer</i>	184

c) Das „eingeschränkt-absolut dingliche Recht“ nach <i>Koch</i>	185
d) Das „relative Eigentum“ und „absolut bzw. relativ verdinglichte Recht“ nach <i>Wieling</i>	186
2. Stellungnahme	187
IV. § 1007 BGB als Einredebeschränkung bzw. als Fall einer gesetzlichen Prozessstandschaft	190
V. Relationale Zuordnung	192
D. Anwendungsbereich	195
E. Inhaltliche Reichweite der Besitzberechtigung	199

3. Kapitel

Der Besitzschutz im Bereicherungsrecht

A. Überblick über die Entwicklung des Meinungsstandes	208
I. Die Beratungen des BGB	208
II. Die Rechtsprechung	210
III. Die Auffassungen in der Literatur	212
1. Das bisherige Meinungsspektrum	212
a) Leistungskondiktion	212
b) Eingriffskondiktion	212
2. Das Verständnis der Besitzkondiktion als Eigentumsschutz nach <i>Klinkhammer</i>	213
3. Würdigung	216
B. Der Besitz als Gegenstand der Leistungskondiktion	217
I. Der Besitz als Vermögenswert	217
1. Das erlangte „Etwas“ nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB	217
2. Der dem Bereicherungsrecht zugrundeliegende wirtschaftliche Vermögensbegriff	218
3. Zur vermögensmäßigen Einordnung des Besitzes nach <i>Klinkhammer</i>	220
II. Ausschluss des bösgläubigen Besitzers?	223
C. Der Besitz als Objekt der Eingriffskondiktion	226
I. Die Theorie vom Zuweisungsgehalt als Ausgangspunkt	226
1. Rechtswidrigkeitstheorie versus Zuweisungstheorie	226
2. Zur inhaltlichen Bestimmung des Zuweisungsgehalts	229

II. Zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts beim Besitz	232
1. Der bloße Besitz als solcher	232
2. Das Recht zum Besitz	234
a) Allgemeines	234
b) Insbesondere die Untervermietungsfälle	237
aa) Die unberechtigte Untervermietung durch den Erstmieter ...	238
bb) Die unberechtigte Untervermietung durch den Zweitmieter .	245
3. Das Recht auf Besitz	246
4. Zuweisungsgehalt ohne Recht zum Besitz?	250
D. Inhalt des Bereicherungsanspruchs	253
E. Konkurrierende Herausgabeansprüche	254

4. Kapitel

Der Besitzschutz im Deliktsrecht

A. Besitz als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB	258
I. Der Begriff des „sonstigen Rechts“ in der Entstehungs- geschichte des § 823 Abs. 1 BGB	258
II. Die bisherige Einordnung des Besitzes	261
1. Die Entwicklung der Rechtsprechung	261
a) Reichsgericht	261
b) Bundesgerichtshof	265
2. Der Meinungsstand in der Literatur	270
a) Schutz jeden Besitzers	270
b) Kein Schutz des Besitzers	271
c) Schutz des berechtigten Besitzers	271
d) Schutz des „befugten“ Besitzers	272
III. Zu den Begründungen im Einzelnen	273
1. Der Besitz als Recht	273
2. Das schuldrechtliche Besitzrecht als relatives Herrschaftsrecht	276
3. Die sogenannte Verdinglichung obligatorischer Rechte	281
a) <i>Dulckeit</i>	281
b) <i>Canaris</i>	283
c) Würdigung	284
4. Der befugte Besitz als eine dem Eigentum angenäherte Position	290

IV. Konsequenzen für den deliktischen Besitzschutz	291
1. Schutz des berechtigten Besitzers	293
a) Ansprüche gegen den Vertragspartner	293
b) Ansprüche gegen Dritte nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation	294
aa) Das Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz als weiterer Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation ..	295
bb) Vergleich mit der deliktischen Lösung	297
2. Schutz des nichtberechtigten Besitzers	300
a) Nutzungsschaden	300
b) Verwendungsschaden	301
c) Haftungsschaden	302
V. Überprüfung der bisher entschiedenen Fälle auf der Grundlage des vorgeschlagenen Lösungsansatzes	302
1. Zu den Fällen des Reichsgerichts	302
2. Zu den Fällen des Bundesgerichtshofs	305
B. <i>Besitzschutz durch Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB</i>	309
I. Das Verbot der Eigenmacht nach § 858 BGB als Schutzgesetz .	309
1. Meinungsstand	309
a) Gesetzmaterialeien	309
b) Rechtsprechung	310
c) Literatur	310
2. Würdigung	311
II. Strafrechtlicher Schutz der Sachherrschaft	314
C. <i>Andere Anspruchsgrundlagen</i>	316
I. § 826 BGB	316
II. § 1 Abs. 1 ProdHaftG	316

Teil 3

Der Besitzschutz außerhalb des BGB

1. Kapitel

Der Besitz als ein die Veräußerung hinderndes Recht
im Sinne des § 771 ZPO

A.	<i>Überblick über den Meinungsstand</i>	318
	I. Rechtsprechungsentwicklung	318
	II. Die Auffassungen in der Literatur	320
	1. Das materiellrechtliche Verständnis der Drittwider- spruchsklage	320
	2. Die Drittwiderspruchsklage als prozessuale Gestaltungsklage	325
	a) Bisher überwiegende Auffassung	326
	b) Neuere Auffassung	326
	3. Würdigung	327
	a) Der Besitz als Interventionsrecht	327
	b) Zur Rechtsnatur der Drittwiderspruchsklage	331
B.	<i>Zweckgerichteter Lösungsansatz</i>	333
	I. Die Drittwiderspruchsklage als Korrektiv des formalen Vollstreckungszugriffs	334
	II. Negative Komponente: Der Ausschluss schuldnerfremden Vermögens	335
	III. Positive Komponente: Das Erfordernis der Drittlegitimation ..	336
	IV. Schlussfolgerung	337
C.	<i>Übertragung auf die verschiedenen Fallkonstellationen</i>	337
	I. Der Schuldner als Eigentümer und Vermieter	337
	1. Bei Grundstücken	337
	2. Bei Mobilien	339
	3. Die Situation bei verbotener Eigenmacht des Vermieters gegenüber dem Mieter	341
	II. Der Schuldner als Untermieter	342
	III. Der Schuldner als unberechtigter Besitzer	344
	IV. Die Fälle der Verschaffungsansprüche	344

V. Das Problem der Räumungsvollstreckung nach § 885 ZPO	346
1. Reichweite des Vollstreckungstitels gegen den Schuldner . . .	346
2. Rechtsbehelfe des Dritten	350

2. Kapitel

Der Besitz als Aussonderungsrecht im Sinne des § 47 InsO

A. <i>Das Recht zur Aussonderung nach § 47 InsO</i>	352
B. <i>Possessorische Ansprüche als Aussonderungsrechte?</i>	354
C. <i>Bereicherungsansprüche als Aussonderungsrechte</i>	358
D. <i>Exceptio rei venditae et traditae</i>	359
I. Kauf unter Eigentumsvorbehalt	359
II. Der nicht bedingte Kauf	361
1. Meinungsstand	362
2. Die Verknüpfung der exceptio mit dem Erfüllungsanspruch	364
3. Das Schicksal des Erfüllungsanspruchs in der Insolvenz	365
4. Das Recht zum Besitz als existente, aber suspendierte Befugnis	369
Zusammenfassung	374
Literaturverzeichnis	385
Register	415

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AbzG	Abzahlungsgesetz
A. C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
a. F.	alte Fassung
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauGB	Baugesetzbuch
BayEG	Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteignung
BayLStVG	Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BB	Betriebs-Berater
BBergG	Bundesberggesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlGBW	Blätter für Grundstücks-, Bau- und Wohnungsrecht
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats

BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CPO	Civilprozessordnung
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DJT	Deutscher Juristentag
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft
E	Entwurf
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FARL	Fernabsatz-Richtlinie
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
FlurbG	Flurbereinigungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GBO	Grundbuchordnung
GE	Das Grundeigentum
GG	Grundgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Großer Senat
HausratsVO	Hausratsverordnung
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts

HGB	Handelsgesetzbuch
Hirth's Ann.	Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jg.	Jahrgang
JherJb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KrW-/AbfG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz)
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LStVG	Gesetz über das Landesstrafrecht und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer

NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
ÖBl.	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLGE	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Obligationenrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAG	Polizeiaufgabengesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
RdW	Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgesetz
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
ScheckG	Scheckgesetz
SchlH	Schleswig-Holstein
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
StGB	Strafgesetzbuch
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
TE	Teilentwurf
u.	und
UrhG	Gesetz über Urheberschutz und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Versicherungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
WarnR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer

WaStrG	Wasserstraßengesetz
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WoBl	Wohnrechtliche Blätter
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WürttJb	Jahrbuch der Württembergischen Rechtspflege
z. B.	zum Beispiel
ZBernJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfgRW	Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht/Film und Recht
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (Zwangsversteigerungsgesetz)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Die Lehre vom Besitz gilt bis auf den heutigen Tag als kompliziert und verwickelt. Immer wieder haben Abhandlungen zu diesem Thema einleitend, gerne auch mit Klassikerzitaten geschmückt, verschiedenste Aussagen zusammengetragen, die die besondere Schwierigkeit des Besitzrechts belegen sollen. Nicht ganz zu Unrecht vermutete jedoch schon *Savigny* hinter derartigem Wehklagen meist nicht mehr als eine vorläufige Lobrede auf das eigene Werk,¹ mit dem dann alle Schleier der Ungewissheit fortgezogen werden sollen. Angesichts der langen Tradition, auf die das Besitzrecht zurückblicken kann und vor dem Hintergrund seiner extensiven Diskussion als dem, neben der Zivilehe, wohl umstrittensten Gebiet während der Beratungen zum BGB wäre es vermessen, nunmehr mit dem Anspruch anzutreten, den „Stein der Weisen“ gefunden zu haben. Das Ziel der Arbeit ist ein weit bescheideneres. Nach mehr als einhundertjähriger Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs soll eine Bilanz gezogen werden. Zu diesem Zweck werden die Grundlagen des Besitzes und seines Schutzes auf dem Fundament des gegenwärtigen positiven Rechts untersucht, und die durch Rechtsprechung und Literatur vorangetriebene Entwicklung wird kritisch überprüft. Dabei wird sich zeigen, dass die Besitzkonzeption des BGB, entgegen manch anfänglicher Skepsis, durchaus nicht verworren ist, sondern als im Großen und Ganzen gelungen und bis heute zeitgemäß bezeichnet werden kann. Der Versuch einer Standortbestimmung muss zudem jüngste Entwicklungen auf judikativer und legislativer Ebene einbeziehen. So fragt sich, welche Auswirkungen die jüngste Rechtsprechung des BVerfG zum Eigentumsrecht nach Art. 14 GG zugunsten des Mieters auf das geltende Besitzrecht hat. Auch der Versuch des Gesetzgebers, in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben die Problematik der Zusendung unbestellter Waren im Bürgerlichen Gesetzbuch erstmals zu regeln, wirft die Frage nach den besitzrechtlichen Konsequenzen auf.

Die Arbeit plädiert dafür, sich drei als grundlegend erachtete Prämissen des Besitzrechts in das Bewusstsein zurückzurufen: Erstens ist der Besitz als solcher nicht als Recht, sondern als Tatsache zu begreifen; zweitens kommt dem possessorischen Besitzschutz nach §§ 858 ff. BGB allein eine Präventionsfunktion zu; drittens ist das obligatorische Recht zum Besitz nichts anderes

¹ *Savigny*, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865, § 1, S. 25.

als ein Anspruch und als solcher Inhalt der schuldrechtlichen Forderung. Es wird sich herausstellen, dass sich vielfältige Streitfragen und begriffliche Unklarheiten bewältigen lassen, wenn man den Versuch unternimmt, die Erscheinungsformen des Besitzes auf die Grundstrukturen des Gesetzes zurückzuführen und die genannten Prämissen berücksichtigt.

Der Gang der Darstellung wird sich an diesem Ziel orientieren. In einem ersten Grundlagenteil ist der Begriff des Besitzes abzugrenzen und die Regelungsstruktur des kodifizierten Besitzrechts darzustellen. Daran schließt sich die Analyse der rechtlichen Natur des Besitzes wie auch des Besitzrechts an. Der zweite Teil geht darauf aufbauend der Frage nach, wie weit der Schutz des Besitzes in seinen verschiedenen Ausprägungen innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuchs reicht. Die Untersuchung beschränkt sich hier im Interesse der Übersichtlichkeit auf die Kerngebiete des possessorischen (§§ 854 ff. BGB) und petitorischen (§ 1007 BGB) Besitzschutzes, auf das Bereicherungs- und das Deliktsrecht. Der abschließende dritte Teil richtet den Blick über das BGB hinaus auf das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht.

Teil 1
Grundlagen

1. Kapitel

Begriff des Besitzes

A. Der zivilrechtliche Besitzbegriff

Im Gegensatz zu früheren Gesetzeswerken² enthält das BGB keine Definition des Besitzes. Nur der mittelbare Besitz wird in § 868 BGB gesetzlich festgelegt. Die Erste Kommission lehnte eine Besitzdefinition, wie sie noch im Entwurf *Johows* vorgesehen war,³ ab, da man an der Möglichkeit einer genauen und unmissverständlichen Festlegung des Begriffs im Gesetz selbst zweifelte. Insbesondere ging man davon aus, dass für den Besitzerwerb weitergehende Voraussetzungen gelten, als für seine Beibehaltung. Aus Gründen der Praktikabilität sollte sich das Gesetz daher auf Bestimmungen über Erwerb, Fortsetzung und Ende des Besitzes beschränken.⁴

Im Schrifttum war der Besitzbegriff von jeher streitig.⁵ *Savigny* definierte den Besitz an einer Sache als den Zustand, in welchem nicht nur die eigene Einwirkung auf die Sache physisch möglich ist, sondern auch jede fremde Einwirkung verhindert werden kann.⁶ Auch wenn man berücksichtigt, dass *Savigny* das zweite Element seiner Definition nicht im Sinne einer erfolgreichen Verhinderung, sondern nur als Möglichkeit der Abwehr verstand,⁷ ist eine solche Umschreibung noch zu eng. Denn auch Kinder oder Schlafende, die überhaupt keine Chance der Verteidigung haben, können zweifellos Besitzer sein. *Jhering* sah dagegen durch den Besitz das dahinter stehende Eigentum geschützt und nahm daher Besitz immer dann an, wenn sich die Sache in ihrem normalen äußeren Zustand befinde, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfülle, dem Menschen zu dienen.⁸ Mit dieser Umschreibung woll-

² Vgl. I 7 §§ 1 bis 5 ALR, Art. 2228 Code civil, § 309 ABGB, § 186 Sächsisches BGB, II 1 Art. 1 Hessischer Entwurf.

³ § 48 S. 1: „Wer eine Sache mit seinem Willen in thatsächlicher Gewalt hat, ist Inhaber.“ (*Johow*, Entwurf, S. 23).

⁴ Motive, Band III, S. 81 (= *Mugdan*, Band III, S. 44).

⁵ Vgl. die Nachweise zur älteren Literatur bei *Rosenberg*, vor § 854, Anm. 2.

⁶ *Savigny*, Recht des Besitzes, § 1, S. 26.

⁷ *Savigny*, Recht des Besitzes, § 1, S. 26, Fn. 1.

⁸ *Jhering*, Über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. 1869, S. 179.

te *Jhering* dem Umstand Rechnung tragen, dass zwar Heuhaufen auf dem Felde oder Baumaterialien auf dem Bauplatz zurückgelassen werden, ohne dass dadurch der Besitz an diesen Sachen untergehe, dass dies jedoch z.B. nicht für Wertsachen am gleichen Ort gelte.⁹ Auch diesem Ansatz stehen jedoch Bedenken entgegen. Abgesehen davon, dass schon die Prämisse *Jherings* vom Schutz des Eigentums durch den Besitz jedenfalls unter der Geltung des BGB nicht überzeugen kann,¹⁰ führt auch die Verknüpfung des Besitzbegriffs mit der ökonomischen Zweckbestimmung einer Sache in die falsche Richtung. Entweder man weist diese Zweckbestimmung dem Besitzer selbst zu, dann verliert dieses Kriterium indessen jegliche Kontur; oder aber man beurteilt die Zweckbestimmung aus der Sicht eines Dritten, dann müsste der Besitzer schon bei atypischen oder unökonomischen Handlungen den Besitz an der Sache einbüßen.

Brodmann kam zu dem Schluss, dass man sich bei dem Versuch der Bestimmung des Besitzbegriffs im Kreis drehe:

„Wir suchen den Tatbestand, an den die Rechtsordnung den Besitzschutz knüpft, und worauf wir hinauskommen ist, dass der Besitz ist, was unter dem Schutz der Rechtsordnung steht. Indessen, diesen Fehler, den Savigny macht, hat von allen, die es unternahmen seine Definition zu verbessern, noch niemand überwunden. Es gibt keine Begriffsbestimmung, die ihn rein vermeidet. Vielleicht ist er überhaupt nicht zu vermeiden, und vielleicht ist es auch gar kein Fehler. Denn so liegt es doch, dass wir, wenn wir uns in Zweifelsfällen fragen, ob Besitz besteht, entstanden oder verloren ist, unwillkürlich so verfahren, dass wir den tatsächlichen Zustand darauf prüfen, ob er des Besitzschutzes nach allen Richtungen, in denen dieser gilt, würdig ist oder nicht.“¹¹

Dagegen versuchte *Martin Wolff* den Besitzbegriff als Homonym zu erklären, da das Gesetz das Wort „Besitz“ in einem dreifachen Sinne verwende, zum einen als tatsächliche Sachherrschaft, zum anderen als Bezeichnung für jeden Tatbestand, an den die Besitzfolgen geknüpft sind, auch wenn sich dieser Tatbestand nicht als Sachherrschaft darstelle und schließlich als Inbegriff der an die Sachherrschaft oder den ihr gleichgestellten Tatbeständen geknüpften Rechte.¹² Diese Aussage verdeutlicht zwar die Vielschichtigkeit des Phänomens „Besitz“, hilft jedoch für die eigentliche Begriffsbestimmung nicht weiter. Der erste Bedeutungsgehalt umfasst, wie noch zu zeigen sein wird, nicht alle Fälle des Besitzes, während die beiden übrigen für die inhaltliche Bestimmung des Besitzes selbst nichts hergeben. *Mühl* geht demgegenüber davon aus, dass sich der Besitz unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs immer mehr „vergeistigt“ habe. In seiner ursprünglichen Bedeutung bezeichne „Besitz“ eine rein tatsächliche Beziehung und sei die tatsächliche

⁹ *Jhering*, a.a.O., S. 179 f.

¹⁰ Dazu näher unten, 2. Kapitel, B. II. 1. a, 2. a (S. 33, 38).

¹¹ *Planck/Brodmann*, vor § 854, Anm. 3 (S. 31).

¹² *M. Wolff*, Sachenrecht, 2. Aufl. 1913, § 3 II (S. 9 f.).

Herrschaft einer Person über eine Sache im Gegensatz zum Eigentum als rechtlicher Herrschaft. Dieser Besitztatbestand habe in der modernen Rechtsordnung einen Wandel dadurch erfahren, dass sich das Verhältnis zwischen Besitzer und Sache in zunehmendem Maße vergeistigt und immer mehr rechtliche Elemente in sich aufgenommen habe, unter gleichzeitiger Lockerung des faktischen Bandes. Eine Betrachtung der verschiedenen Erscheinungsformen des Besitzes zeige geradezu eine Stufenleiter der Vergeistigung; sie führe vom unmittelbaren Besitz, bei dem das tatsächliche Band am stärksten sei, über die Besitzdienerschaft und über den mittelbaren Besitz zum Besitz des Erben, bei dem es, solange der Erbe die Nachlassgegenstände nicht wirklich in seine Gewalt bekommt, an einer tatsächlichen Sachherrschaft überhaupt fehle.¹³

Trotz des verworrenen Bildes, das die Bestandsaufnahme offenbart, besteht kein Anlass, von einer näheren Konkretisierung des Besitzbegriffs abzusehen oder blumige Formulierungen zu bemühen. Will man festen Boden gewinnen, ist es für den vorliegenden Zusammenhang notwendig, zwei Fragen klar zu trennen. Zum einen stellt sich das Problem, den Begriff des unmittelbaren Besitzes, den das Gesetz unverkennbar als Grundform des Besitzes voraussetzt, zu definieren. Zum anderen muss die Frage beantwortet werden, in welchem Verhältnis die verschiedenen Besitzformen des Gesetzes zueinander stehen und ob sie sich alle unter einen einheitlichen Oberbegriff subsumieren lassen.

I. Zum Begriff des unmittelbaren Besitzes

Die herrschende Auffassung geht zutreffend von den Regelungen über Erwerb und Verlust des Besitzes in den §§ 854, 856 BGB aus und folgert daraus, dass unmittelbarer Besitz tatsächliche Sachherrschaft erfordert.¹⁴ Unmittelbarer Besitz lässt sich somit als die von einem entsprechenden Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft definieren. Tatsächliche Sachherrschaft ist dabei die nach der Verkehrsauffassung geachtete Einwirkungsmöglichkeit einer Person auf eine Sache. Wie weit die Sachherrschaft reicht, entscheidet sich folglich nicht nach der Möglichkeit, Fremdeinwirkungen abzuwehren, sondern nach den Maßstäben des Verkehrs. Dies beruht auf der Erkenntnis, dass in einer entwickelten Rechts- und Gesellschaftsordnung die Gemeinschaft jedem einzelnen einen individuellen Organisations- und Herrschaftsbereich zugesteht und die Einordnung eines Gegenstandes in diesen Bereich grundsätzlich billigt und achtet. Diese drückt sich nicht zuletzt in einer allgemeinen natürlichen Scheu aus, Gegenstände, die sich in einer solchen fremden Sphäre befinden, einfach an sich zu nehmen.¹⁵ Man kann diese geach-

¹³ Soergel/Mühl, vor § 854, Rn. 4.

¹⁴ Vgl. nur BGHZ 101, 186 (188) = NJW 1987, 2812 (2813); Baur/Stürner, § 7, Rn. 5; Schwab/Prütting, Rn. 51/52; a. A. zuletzt Hartung, S. 31.

¹⁵ K. Müller, Rn. 80, spricht zutreffend von einer „sozialen Hemmschwelle“.

tete Einwirkungsmöglichkeit auch als eine von Dritten zu respektierende „faktische Tabusphäre“ bezeichnen.¹⁶ Wenn zum Teil zur Bestimmung der Sachherrschaft auf die Wahrscheinlichkeit, Gewalt über die Sache ausüben zu können, abgestellt wird,¹⁷ liegt darin kein abweichender Prüfungsmaßstab, sondern eine komplementäre Überprüfung der Verkehrsauffassung, denn die Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung beruht nicht zuletzt auf der Bereitschaft der Rechtsgenossen, die Beziehung zu der Sache zu respektieren.¹⁸

Den Rückgriff auf die Verkehrsauffassung oder –anschauung als gefährliche Leerformel zu geißeln,¹⁹ besteht kein Anlass. Dass zur Bestimmung rechtlicher Grenzen auf die Sichtweise der beteiligten Verkehrskreise abgestellt wird, ist auch sonst innerhalb (§§ 138, 242 BGB) und außerhalb (§§ 1, 3 UWG) des BGB nicht ungewöhnlich und rechtfertigt sich gerade durch die Verwurzelung der Achtung fremder Sachherrschaft in der allgemeinen Auffassung der redlichen Rechtsgenossen. Freilich darf der Hinweis auf eine vermeintliche Verkehrsanschauung oder –auffassung nicht als Begründungseratz für das eigene Vorverständnis des Richters instrumentalisiert werden. Gerade in Grenzfällen sind daher auch die Gerichte nicht der Aufgabe enthoben, ihre Einschätzung der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der weiteren Umstände, wie räumlicher Nähebeziehung, typisches Verhalten der Beteiligten und Verkehrsgewohnheiten oder Usancen, darzulegen und zu begründen. Ergibt diese Prüfung kein hinreichend eindeutiges Bild, ist mit *Brodmann* im Zweifel danach zu entscheiden, ob der betreffende tatsächliche Zustand bei wertender Betrachtung Besitzschutz verdient oder nicht.²⁰ Diese Anknüpfung rechtfertigt sich aus der spezifischen Präventionsfunktion der Besitzschutzregelungen.²¹ Da die §§ 858 ff. BGB in erster Linie Dritte davon abhalten sollen, den gegebenen Besitzstand auf eigene Faust zu ändern, muss der betreffende Zustand im Interesse des Rechtsfriedens seines Bestandes würdig sein.

Ob es allerdings glücklich ist, den Ausdruck der tatsächlichen Gewalt als „Elementarbereich des allgemeinen Bewusstseins“ zu bezeichnen,²² erscheint fraglich. Diese Formulierung legt das Verständnis eines feststehenden Begriffsinhalts nahe, den der Richter lediglich festzustellen und zu übernehmen habe und war daher als „Verweisungstheorie“ Gegenstand der Kritik *Hecks*.²³

¹⁶ *Westermann/Gursky*, § 9 I 4 (S. 73); ähnlich *Schönke/Schroeder/Eser*, StGB, § 242, Rn. 24: „fremde Tabusphäre“.

¹⁷ *Kegel*, in: FS f. v. Caemmerer, S. 149 (167 ff.); *Wieling*, Sachenrecht I, § 4 I 1 a (S. 132 f.).

¹⁸ *Staudinger/Bund*, § 854, Rn. 6.

¹⁹ *MünchKomm/Joost*, § 854, Rn. 4; *Ernst*, Eigenbesitz, S. 42 f.; *Hartung*, S. 128.

²⁰ Ebenso *Westermann/Gursky*, § 9 I 4.

²¹ Dazu im Einzelnen unten, 2. Kapitel, B. II. 2. d (S. 40 ff.).

²² *Westermann/Gursky*, § 9 I 1; *Wieling*, Sachenrecht I, § 4 I 1 a (S. 131 f.); *Wolff/Raiser*, § 5 III (S. 25) m. w. N. zur älteren Literatur.

²³ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 5, 4 (S. 19 f.).

Sein Hinweis auf die Unabgegrenztheit der Alltagsvorstellungen von „tatsächlicher Gewalt“ und „tatsächlicher Sachherrschaft“, aus der er den „Blankettcharakter“ des Besitzbegriffs folgert, ist insofern berechtigt, als dadurch die selbständige rechtliche Würdigung des tatsächlichen Zustandes als Besitz im Rechtssinne eingefordert wird. Allerdings liegen beide Auffassungen in diesem Punkt weit enger zusammen, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Auch die auf *Levin Goldschmidt* zurückgehende Lehre vom Elementar begriff²⁴ verfolgte nicht das Ziel, den Richter an in der Verkehrsanschauung feststehende Kriterien zu binden. Ihr Bestreben war es vielmehr, gegenüber der seinerzeitigen Doktrin weniger die Sichtweise des Besitzers als die Einschätzung des Verkehrs zu betonen.²⁵ Wichtiger ist demgegenüber das Problem der Statik des Besitzbegriffs. *Heck* folgerte weiter aus dem Blankettcharakter des Besitzes, dass sein Vorliegen durch Interessenabwägung festzustellen sei, wobei es auf eine „Einfügung in die Interessensphäre“ des Einzelnen ankomme. Wegen der verschiedenen Wertideen des Besitzrechts könne diese Interessenabwägung jedoch bei ein und demselben Tatbestand im Hinblick auf die unterschiedlichen Funktionen zu unterschiedlichen Ergebnissen und damit zu einer relativen Begriffsbestimmung kommen.²⁶ Relevant wird dies vor allem, wenn für den Verkehr der Eindruck entsteht, dass eine bestimmte Person Besitzer ist, während in Wirklichkeit ein anderer die tatsächliche Gewalt innehat. Schulfall ist der Verkauf eines Geschäfts an den bisherigen Angestellten, der den Betrieb unter der Firma des Veräußerers fortführt und weiter als Angestellter auftritt, so dass der Inhaberwechsel nicht kundbar wird. Nach der Lehre vom relativen Besitzbegriff stehen dem Erwerber als unmittelbarem Besitzer zwar die Besitzschutzrechte der §§ 858 ff. BGB zu, doch soll die Zeichenwirkung immer noch zugunsten des Veräußerers wirken, so dass z. B. Schadensersatzleistungen mit befreiender Wirkung an ihn erbracht werden können, § 851 BGB.²⁷ Der zweite Fall, der regelmäßig für den relativen Besitzbegriff angeführt wird, ist die eigenmächtige Veräußerung einer Sache durch einen Besitzdiener. Ist die Stellung des Besitzdieners für den Verkehr nicht erkennbar, weil er nach außen hin wie ein selbständiger Besitzmittler auftritt, hängt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bei strikter Anwendung der §§ 855, 935 BGB von der vielleicht nur zufälligen Position des Veräußerers als Besitzdiener oder Besitzmittler ab. Paradefall ist der Handlungsreisende, der Warenmuster unterschlägt. Um einen hier sichtbar werdenden Wertungswiderspruch zu vermeiden, wird ebenfalls eine Spaltung des Besitz-

²⁴ *L. Goldschmidt*, in: FG f. Gneist, 1888, S. 61 (65) = Studien zum Besitzrecht, 1888, S. 3; ders., Vermischte Schriften, 1901, S. 78.

²⁵ Zutreffend *Staudinger/Bund*, vor §§ 854 ff., Rn. 38.

²⁶ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 5, 6 u. 7 (S. 21 f.); dem folgend *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 38 ff., 129 ff.

²⁷ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, § 6, 6 a; *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 38 (39).

begriffs befürwortet, die dazu führt, dass dem Prinzipal der Besitzschutz zukommt, während der Besitzdiener für die Zeichenfunktion als unmittelbarer Besitzer behandelt wird.²⁸ Gegen die Lehre vom relativen Besitzbegriff spricht freilich, dass sich dem Gesetz für einen gespaltenen Besitzbegriff keinerlei Anhaltspunkte entnehmen lassen. Es kommt hinzu, dass man bei den problematischen Fällen in der strikten Anwendung des Gesetzes durchaus keinen Wertungswiderspruch erkennen muss.²⁹ Dafür spricht vor allem, dass sich § 935 Abs. 1 BGB die Wertung entnehmen lässt, dem Willen des unmittelbaren Besitzers den Vorrang vor dem Verkehrsschutz einzuräumen. Selbst wenn man aber das Ergebnis für korrekturbedürftig erachtet, ist hierfür die entsprechende Anwendung der Rechtsscheinsgrundsätze gegenüber einer Spaltung des Besitzbegriffs vorzugswürdig.³⁰ Man muss dann zwar den Einwand überwinden, dass das Gesetz bei der Ermittlung der wahren Besitzlage nicht auf den Anschein unmittelbaren Besitzes abstellt, so dass der gute Glaube an eine nicht gegebene Besitzlage nicht geschützt wird. Hierzu ließe sich immerhin auf das Veranlassungsprinzip als Zurechnungselement verweisen. Ein solcher Weg hätte aber immer noch den Vorteil, weit geringer in das System des Besitzrechts einzugreifen, als die prinzipielle Annahme eines gespaltenen Besitzbegriffs.

An die Lehre vom relativen Besitzbegriff knüpft auch *Ernst* an, indem er die Schutzfunktion der §§ 854 ff. BGB strikt von der Zeichenfunktion nach den §§ 929 ff. BGB trennt.³¹ Für ihn hat daher der in den §§ 854 ff. BGB geregelte Besitz als Voraussetzung des possessorischen Besitzschutzes (*possessio ad interdicta*) nichts zu tun mit dem Besitz als Voraussetzung für den Rechtsenerwerb (*possessio ad usucapionem*). Als diesen letzteren, für die Zeichenfunktion maßgeblichen Besitz betrachtet *Ernst* den Eigenbesitz, der somit für ihn keinen Unterfall des Besitzes nach den §§ 854 ff. BGB, sondern eine eigenständige Besitzform darstellt.³² Daraus zieht *Ernst* weiter die Konsequenz, dass die §§ 854 ff. BGB innerhalb der §§ 929 ff. BGB nicht anwendbar seien,

²⁸ *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 129 (149).

²⁹ So auch RGZ 71, 248 (251); 106, 4 (6); *Baur/Stürner*, § 52, Rn. 39; *Brehm/Berger*, Rn. 27.81; *Schwab/Prütting*, Rn. 76; *Staudinger/Bund*, § 855, Rn. 28; *Westermann/Gursky*, § 49 I 6 (S. 405 f.).

³⁰ In diesem Sinne *Erman/Michalski*, § 935, Rn. 6; *H. Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S. 107 f.; *Westermann*, Sachenrecht, 5. Aufl., § 49 I 6 (S. 238); noch weitergehend *K. Schmidt*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 579 (597 f.), der in Anknüpfung an Art. 306 Abs. 4 ADHGB ein Abhandenkommen stets verneint, wenn der weggebende Besitzdiener „Obhutsgehilfe“ ist. Eine Einschränkung des § 935 BGB befürwortet auch *J. Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 250 f., 404 f., mit der Begründung, der Besitzer habe dem Besitzdiener die Besitzverschaffungsmacht eingeräumt und dadurch den Rechtsverkehr gefährdet; dagegen *Westermann/Gursky*, § 49 I 6 (S. 406).

³¹ *Ernst*, Eigenbesitz, S. 26.

³² *Ernst*, Eigenbesitz, S. 25 f., 38 ff.

so dass auch bei eigenmächtiger Veräußerung durch den Besitzdiener gutgläubiger Erwerb möglich sei.³³ Diese Lehre ist allerdings zu Recht auf nahezu vollständige Ablehnung gestoßen.³⁴ Schon die systematische Verschränkung von Eigenbesitz und possessorischem Besitzschutz in den §§ 854 ff., 872 BGB trotz der Tatsache, dass der Eigenbesitz für den possessorischen Besitzschutz gerade irrelevant ist, spricht dagegen, dass die §§ 854 ff. BGB für die Zeichenfunktion nicht anwendbar sind. Es kommt hinzu, dass § 935 Abs. 1 S. 2 BGB unmissverständlich in direkter Anknüpfung an §§ 854, 868 BGB zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer trennt. *Ernst* stützt sich maßgeblich auf die in den Protokollen enthaltene Aussage, dass die Vorschriften des betreffenden Abschnitts (= §§ 854 ff. BGB) auf den Besitz als Voraussetzung des Besitzschutzes zu beschränken seien und sieht darin eine „Grundentscheidung des Gesetzgebers“.³⁵ Die Materialien sind in dieser Beziehung allerdings keineswegs so eindeutig, wie dies auf den ersten Blick erscheint. Noch in den Motiven war davon die Rede, dass die Besitzvorschriften feststellen sollten, was Besitz ist, um dadurch eine häufig vorkommende Voraussetzung von Rechtsnormen in anderen Abschnitten zu bestimmen.³⁶ Davon scheint die Zweite Kommission dann in der Tat abzurücken, wenn festgehalten wird,

„dass es sich im Interesse der Klarheit des Gesetzes empfehle, die Vorschriften dieses Abschnitts auf den Besitz als Voraussetzung des Besitzschutzes zu beschränken, dagegen diejenigen Bestimmungen wenigstens zunächst auszuschneiden, welche den Besitz als Voraussetzung anderer, insb. Auf das Eigenthum bezüglicher, Rechtsnormen betreffen.“³⁷

Betrachtet man aber die dann gestrichenen Vorschriften der §§ 798–809 E I, so zeigt sich zweierlei. Zum einen betreffen diese Normen gerade nicht nur den Besitz als Voraussetzung anderer Vorschriften, sondern regeln zum Beispiel näher den Erwerb und Verlust des Besitzes selbst.³⁸ Zum anderen ergibt sich aus den Einzelbegründungen, dass die betreffenden Vorschriften durchweg als überflüssig oder selbstverständlich gestrichen wurden.³⁹ Die Aussage über die Beschränkung der Besitzvorschriften auf ihre Besitzschutzfunktion bleibt danach in ihrer Intention zumindest unklar. Keinesfalls lässt sich damit eine „Grundentscheidung“ des Gesetzgebers ablesen. Es ist auch sonst nichts dafür ersichtlich, dass den Besitzregelungen nur ein derart beschränktes Anwendungsfeld eröffnet ist. Die Vorschrift des § 854 BGB auf eine Nominalde-

³³ *Ernst*, Eigenbesitz, S. 33 f.

³⁴ Dagegen *Brehm/Berger*, Rn. 2.4, Fn. 8; *Westermann/Gursky*, § 12 II 4 (S. 89 f.); *Wieling*, NJW 1993, 510 f.; *Wilhelm*, Rn. 400, Fn. 1; *Staudinger/Bund*, § 872, Rn. 3; dem methodischen Ansatz von *Ernst* zustimmend *MünchKomm/Joost*, vor § 854, Rn. 13, Fn. 30.

³⁵ So *Ernst*, Eigenbesitz, S. 25.

³⁶ Motive, Band III, S. 78 (= *Mugdan*, Band III, S. 43); vgl. auch unten, 2. Kapitel, A.

³⁷ Protokolle, Band III, S. 28 (= *Mugdan*, Band III, S. 502).

³⁸ Vgl. ausdrücklich Protokolle, Band III, S. 33 (= *Mugdan*, Band III, S. 505) zu § 801 E I.

³⁹ Protokolle, Band III, S. 33 f. (= *Mugdan*, Band III, S. 505 f.).

Stichwortverzeichnis

- Absolutheit des Rechts 283 f.
Abtretung 226, 297 ff., 302, 307
Actio Publiciana 180
Allgemeine Geschäftsbedingungen 42, 44, 123
Alleinbesitz 304
Annahmeverzug 110 f.
Arglist 92
Aufbewahrungspflicht 110, 115 f.
Auflassungsanspruch 92, 102, 105 f., 122
Aufrechnung 298
Aussonderung 237, 286, 298, 321, 352 ff.
Ausübungsüberlassung 98 ff.
- Befriedigungsrecht 111 f., 253
Bereicherungsrecht 126, 207 ff., 358
Besitz
– Begrenzungsfunktion 249
– begriff, relativer 8 f.
– berechtigter 212 f., 271 f., 293 ff., 311
– bösgläubiger 62, 194, 212, 223 ff., 233, 250
– diener 8 f., 11 f., 17, 21 f., 26, 347, 349
– einweisung 154
– entziehung 25, 62 ff., 73 f., 270, 304, 312 f., 321
– formen 11 ff., 194
– kondiktion 208 ff., 255, 359
– mittelbarer 6 ff., 15 ff., 27, 60 f., 85, 168 ff., 222, 232, 263 ff., 320 ff., 326 ff.
– mittlungsverhältnis 16, 21 f., 113, 170, 192, 206, 326
– nachfolger 53 f.
– nichtberechtigter 226, 232 f., 250 f., 268, 273, 300 ff., 310
– rechtsgrundloser 212, 225 f., 271
– rechtsklage 184 f.
– schutz, petitorischer 47, 155 ff., 175 ff., 214, 224, 233, 273 f., 313
– schutz, possessorischer 9 f., 17, 28 f., 42, 47, 49, 138, 152 ff., 196 ff., 208 f., 232, 272, 276 f., 304, 312 f., 321, 344, 354 ff.
– störung 35, 37, 40, 47, 54, 62, 64, 73 ff., 160 f., 321
– übertragung 55 f., 220, 363 f.
– unentgeltlicher 225, 250, 272
– unmittelbarer 6 ff., 11, 16 f., 19 f., 31, 85, 169 f., 261 ff., 326, 339
Betriebsgeheimnis 63
Condictio possessionis 208 ff.
Condictio sine causa 208
Deliktsrecht 42, 229 f., 258 ff.
Diebstahl 18, 23 f., 41, 274 f., 314 f.
Dolo agit 100, 103
Drittwiderrspruchsklage 216, 318 ff.
Drittschadensliquidation 294 ff., 306
Eigentümer-Besitzer-Verhältnis 117, 250, 254, 291
Ehegatten 79 f., 170 ff., 304 f., 346 ff.
Eigenbedarf 129 ff., 137 f., 144 f.
Eigenbesitz 9 f., 23, 38, 47, 53, 58, 92, 186 f., 190 ff., 215 f., 251, 329
Eigenmacht, verbotene 41 f., 62 f., 73 f., 155 ff., 163 f., 188, 259, 273 f., 309 ff., 341 f., 354 ff.
Eigentum
– des Mieters 128 ff.
– svermutung 38, 178, 182, 190, 233, 280
– svorbehalt 104 ff., 122, 127, 202 f., 264, 283, 307, 359 ff.
Eingriffskondiktion 194, 212 ff., 226 ff., 253 ff., 277, 344, 359

- Einrede
 – des nichterfüllten Vertrages 113 f.
 – Recht zum Besitz als 82, 85, 106, 109
- Einwendung
 – Recht zum Besitz als 82 f., 85 ff., 106, 109
 – petitorische 155 ff., 199 ff.
- Erbenbesitz 13, 17 f., 27, 56 f.
- Ersitzung 29, 34, 38, 47, 49, 58, 62, 102, 178 ff., 186 ff.
- Ersitzungsbesitz 178, 186 f., 324
- Erinnerung 326, 330 ff., 339 f., 350 f.
- Fahrnisklage 182
- Fernabsatzrichtlinie 115, 117 f.
- Feststellungsklage 164, 261
- Fiktion 13 ff., 60, 190, 243 f.
- Forderung
 – als sonstiges Recht 277 ff.
 – Besitz als 140 f.
 – szuständigkeit 278
- Fremdbesitz 18, 100, 181, 186 ff., 215 ff., 250, 324, 329
- Friedensschutz 37, 40 ff.
- Furtum usus 315
- Gebrauchsrechte 96 f.
- Geschäftsgeheimnis 63
- Geschäftsunfähige 61
- Generalklausel, deliktische 258 ff.
- Geschäftsführung ohne Auftrag 61, 117, 126, 169
- Gestaltungsklage, prozessuale 323, 325, 330 ff.
- Getrenntleben von Ehegatten 171 ff., 304 f.
- Gewahrsam 18 ff., 315, 318, 321 f., 332, 334, 347 ff.
- Gewahrsamsgehilfe 19, 22
- Gewahrsamshüter 19, 22
- Gewalt, tatsächliche 7 ff., 20 ff., 55, 273
- Gewerbebetrieb 228, 247, 292 f.
- Gewere 57, 179 f., 182
- Grundbuch 58 f., 178, 280, 335, 338, 351
- Haftungserleichterung 117
- Handlung, unlautere 123
- Hausratsgegenstände 80, 171 ff., 304
- Haustierhaltung 146
- Herausgabeanspruch 39, 47, 81 ff., 100, 119 ff., 171 ff., 179 ff., 339, 342 f.
- Herrschaftsrecht 83, 88 ff., 185, 235 f., 276 f.
- Individualschutz 311, 315
- Insolvenz 237, 286 f., 352 ff.
- Irrtum 340 f.
- Kombinationstheorie 67, 74
- Konkurs 283 f., 360 ff.
- Kontinuitätsfunktion 29
- Leasing 138, 266 f., 299, 307
- Leistungskondition 212, 217 ff., 253 ff.
- Lizenznehmer 242
- Markenlizenz 242
- Materiellrechtliche Theorie 320 ff.
- Miete 16, 81 ff., 95 ff., 128 ff., 185, 187 f., 195 ff., 234 ff., 261 f., 265 ff., 279, 293 f., 302 f., 305 ff., 337 ff., 342 ff.
- Mitbesitz 18, 64, 80, 174, 265 f., 304, 319, 346 ff.
- Mitverschulden 117
- Notwehr 43, 169
- Nutzung(en) 110, 186, 188, 221 f., 223 f., 237, 250 ff., 267 ff., 274 f., 291, 300, 310
- Nutzungsbefugnis 96, 126, 140
- Nutzungsersatzanspruch 267, 300, 308, 369
- Objektnutzung (des Mieters) 136
- Obligationsgläubiger 255 ff.
- Öffentliche Ordnung 42
- Pfandrecht 28, 59, 80, 98, 111 f., 185 ff., 234, 298
- Pfändung 321 ff., 325 ff., 330 f., 335 f., 339 f.
- Präventionsfunktion 7, 42 ff., 153 f., 171, 312, 357
- Produkthaftung 316
- Prozessführungsbefugnis 191, 216, 328
- Prozessrechtliche Theorie 325, 332
- Prozessstandschaft 190 ff., 216 f., 322 f., 328 f.

- Publizitätsfunktion 28 ff., 279 ff.
- Räumungsvollstreckung 346 ff.
- Realakt 55, 61, 80, 87, 127
- Recht
- absolutes 50, 69, 72 f., 184 ff., 234 ff., 256, 270 ff., 282
 - dingliches 57, 81, 88 ff., 103, 184 ff., 281 ff., 322
 - relatives 88 ff., 184 ff., 235 f., 276 ff.
 - sonstiges 258 ff.
 - subjektives 50 f., 66 ff., 73 ff., 256
 - zum Besitz 49, 70, 79 ff., 103 ff., 140, 184 ff., 199 ff., 234 ff., 276
- Rechts
- ausübung 98
 - bedingung 94 f.
 - frieden 37, 40 f., 312
 - nachfolger 52 ff., 189, 201, 285
 - scheinatbestand 29
 - vorgänger 52 ff.
 - zuständigkeit 98
- Reduktion, geltungserhaltende 42, 44 f., 123
- Rei vindicatio 49, 83, 91
- Römisches Recht 57, 81, 83, 152 f., 180
- Sachfrüchte 250 f.
- Sachherrschaft 5 ff., 18 ff., 26 f., 50 f., 56, 64 f., 73 ff., 169, 220 ff., 234 ff., 246 f., 252, 273, 314, 335
- Schaden(sersatz) 63, 110, 113, 130, 242, 255, 258 ff., 294 ff.
- Schenkung 80, 119, 126
- Schmerzensgeld 56
- Schutzgesetz 263 f., 284, 309 ff.
- Selbsthilfe 28, 41, 64, 78, 156, 168 ff., 273
- Sitten, gute 43, 316
- Störer 26 f., 46 f., 72 ff., 156 ff., 163 f., 196, 312
- Tausch 113, 307
- Teilbesitz 18, 60
- Traditionsprinzip 30, 280, 282
- Trennungsprinzip 49, 100
- Treuhand 88, 296, 298 f., 335
- Überbelegung 132 f.
- Unterlassungsanspruch 63 f., 72, 101, 161, 229 f., 283, 328
- Unterschlagung 18, 25, 27
- Veränderungen, bauliche 134 f., 146
- Verbotsrecht 72 f., 75, 77
- Verdinglichung 95, 136, 198, 214, 281 ff., 322, 327
- Verfassungsbeschwerde 129 ff., 141
- Verfügung, einstweilige 153 f., 166
- Verfügungsbefugnis 49, 126, 130, 139, 191, 364, 371
- Verjährung 53, 84, 92, 98, 101 ff., 122
- Verkehrsauffassung 6 f., 11, 14, 17, 19, 21
- Vermietung 58, 82, 201, 237 ff., 248 f., 253, 342 f., 346
- Vermögensbegriff 218 f.
- Verpachtung 58
- Verpflichtungsgeschäft 86 f., 103 f., 239
- Verträge, gemischte 96
- Verwendungsersatz 54, 108, 111 f., 224, 301 f.
- Vindikation 83 ff., 89 ff., 106 ff., 182, 193, 215, 254 ff.
- Vorhaltskäufer 104 ff., 359 ff.
- Ware, unbestellte 79 ff., 111, 115 ff.
- Weisungsgebundenheit 26
- Wettbewerbsrecht 45, 115 f., 118, 123, 229 f., 292
- Widerklage, petitorische 157 ff.
- Willenserklärung 55, 80, 116, 125, 127, 366
- Wohnung 16, 19, 128 ff., 195 ff., 210 f., 237 ff., 346 ff.
- Zeichenfunktion 9 f., 28
- Zurückbehaltungsrecht 106 ff., 156, 252, 286, 291, 370
- Zustandsverantwortlichkeit 26
- Zuweisungsgehalt 213, 226 ff., 253 f., 261, 271 ff., 276, 291
- Zwangsversteigerung 319, 337, 342, 363
- Zwangsvollstreckung 160 f., 167, 188, 218, 283 f., 319, 321, 327 ff., 334 ff., 346 ff., 353 ff.

Jus Privatum

Beiträge zum Privatrecht – Alphabetische Übersicht

- Adolphsen, Jens*: Internationale Dopingstrafen. 2003. *Band 78*.
- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Barnert, Thomas*: Die Gesellschafterklage im dualistischen System des Gesellschaftsrechts. 2003. *Band 82*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*.
- Bittrner, Claudia*: Europäisches und internationales Betriebsrentenrecht. 2000. *Band 46*.
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Brors, Christiane*: Die Abschaffung der Fürsorgepflicht. 2002. *Band 67*.
- Bruns, Alexander*: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung. 2003. *Band 74*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Dethloff, Nina*: Europäisierung des Wettbewerbsrechts. 2001. *Band 54*.
- Dreier, Thomas*: Kompensation und Prävention. 2002. *Band 71*.
- Drexel, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Eberl-Borges, Christina*: Die Erbauseinandersetzung. 2000. *Band 45*.
- Einsle, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Ellger, Reinhard*: Bereicherung durch Eingriff. 2002. *Band 63*.
- Escher-Weingart, Christina*: Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht. 2001. *Band 49*.
- Giesen, Richard*: Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb. 2002. *Band 64*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Gsell, Beate*: Substanzverletzung und Herstellung. 2003. *Band 80*.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‘sonstiges’ Recht. 1996. *Band 17*.
- Haedicke, Maximilian*: Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung. 2003. *Band 77*.
- Hau, Wolfgang*: Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag. 2003. *Band 83*.
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
- Heinemann, Andreas*: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. 2002. *Band 65*.
- Heinrich, Christian*: Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit. 2000. *Band 47*.
- Henssler, Martin*: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12*.
- Hess, Burkhard*: Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26*.
- Hofer, Sibylle*: Freiheit ohne Grenzen. 2001. *Band 53*.
- Huber, Peter*: Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung. 2001. *Band 58*.
- Jänich, Volker*: Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum? 2002. *Band 66*.
- Jansen, Nils*: Die Struktur des Haftungsrechts. 2003. *Band 76*.
- Jung, Peter*: Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. 2002. *Band 75*.
- Junker, Abbo*: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2*.
- Kaiser, Dagmar*: Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechtfüllung nach BGB. 2000. *Band 43*.

- Katzenmeier, Christian:* Arzthaftung. 2002. *Band 62.*
- Kindler, Peter:* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16.*
- Kleindiek, Detlef:* Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22.*
- Krause, Rüdiger:* Mitarbeit in Unternehmen. 2002. *Band 70.*
- Luttermann, Claus:* Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32.*
- Looschelders, Dirk:* Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38.*
- Lipp, Volker:* Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. 2000. *Band 42.*
- Mankowski, Peter:* Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute. 2003. *Band 81.*
- Merkt, Hanno:* Unternehmenspublizität. 2001. *Band 51.*
- Möllers, Thomas M.J.:* Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18.*
- Muscheler, Karlheinz:* Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5.*
– Universalsukzession und Vonselbsterwerb. 2002. *Band 68.*
- Oechsler, Jürgen:* Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21.*
- Oetker, Hartmut:* Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9.*
- Ohly, Ansgar:* „Volenti non fit iniuria“ Die Einwilligung im Privatrecht. 2002. *Band 73.*
- Oppermann, Bernd H.:* Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3.*
- Peifer, Karl-Nikolaus:* Individualität im Zivilrecht. 2001. *Band 52.*
- Peters, Frank:* Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1.*
- Raab, Thomas:* Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41.*
- Reiff, Peter:* Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände. 1996. *Band 19.*
- Reppen, Tilman:* Die soziale Aufgabe des Privatrechts. 2001. *Band 60.*
- Robe, Mathias:* Netzverträge. 1998. *Band 23.*
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von:* Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39.*
- Saenger, Ingo:* Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung. 1998. *Band 27.*
- Sandmann, Bernd:* Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten. 2001. *Band 50.*
- Schäfer, Carsten:* Die Lehre vom fehlerhaften Verband. 2002. *Band 69.*
- Schubel, Christian:* Verbandssouveränität und Binnenorganisation der Handelsgesellschaften. 2003. *Band 84.*
- Schur, Wolfgang:* Leistung und Sorgfalt. 2001. *Band 61.*
- Schwarze, Roland:* Vorvertragliche Verständigungspflichten. 2001. *Band 57.*
- Sieker, Susanne:* Umgehungsgeschäfte. 2001. *Band 56.*
- Sosnitza, Olaf:* Besitz und Besitzschutz. 2003. *Band 85.*
- Stadler, Astrid:* Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996. *Band 15.*
- Stoffels, Markus:* Gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse. 2001. *Band 59.*
- Taeger, Jürgen:* Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme. 1995. *Band 13.*
- Trunk, Alexander:* Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28.*
- Veil, Rüdiger:* Unternehmensverträge. 2003. *Band 79.*
- Wagner, Gerhard:* Prozeßverträge. 1998. *Band 33.*
- Waltermann, Raimund:* Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14.*
- Weber, Christoph:* Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht. 2000. *Band 44.*
- Wendeborst, Christiane:* Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37.*
- Wiebe, Andreas:* Die elektronische Willenserklärung. 2002. *Band 72.*
- Wirthwein, Susanne:* Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile? 2001. *Band 48.*